

## Dans l'angle mort de l'analyse systémale

Andrée Lajoie

Vers la fin de l'hiver /90, j'avais soumis pour commentaires, à mon collègue Pierre Trudel, un texte alors en gestation<sup>1</sup>. En me le remettant quelques semaines plus tard, il m'avait recommandé la lecture d'un article qui avait retenu son attention et qui, disait-il, avait une «certaine parenté» avec l'ébauche que je lui avais remise. Il s'agissait de *Sur l'engendrement du droit*<sup>2</sup>, d'un certain Gérard Timsit, que nous ne connaissions ni l'un ni l'autre. Lecture faite, et convaincue que cet auteur avait en effet conceptualisé et écrit mille fois mieux que je n'aurais pu le faire ce que, visiblement, nous pensions tous les deux du droit, je lui écrivis à Paris I (où le situait la Revue du droit public), pour lui proposer de nous rencontrer lors de mon passage à Paris l'été suivant pour discuter de cette vision commune qui nous animait. Attablés pour déjeuner en juillet suivant dans un restaurant près du Panthéon, nous étions encore en discussion vers vingt heures lorsque les clients du dîner ont commencé à arriver...

Depuis lors, je n'ai jamais renié cette orientation commune qui a influencé toutes mes recherches ultérieures. C'est en effet en approfondissant les racines herméneutiques de la théorie systémale et en appliquant au droit constitutionnel canadien le concept si fécond de *surdétermination* que j'ai pu montrer, entre autres dans deux ouvrages que Gérard Timsit m'a fait le plaisir d'accueillir dans sa collection<sup>3</sup>, d'abord le poids des valeurs dominantes sur la production constitutionnelle de l'exécutif, du législateur et surtout des tribunaux canadiens, puis les exceptions que les minorités avaient réussi à soustraire à cette contrainte, de même que les conditions qui permettaient ces exceptions. Personne mieux que moi ne peut donc sans doute témoigner de la pertinence et de la fécondité de l'analyse systémale pour éclairer et expliquer les rapports entre une société et le droit qu'elle secrète, et si je parle aujourd'hui de «l'angle mort» de cette théorie (I), ce n'est pas pour la mettre en doute, mais plus simplement parce que je me suis récemment posé certaines questions, sans pouvoir leur apporter pour l'instant de réponse. Tout au plus s'agira-t-il de suggérer des hypothèses, comme pistes de réflexion (II).

### I. L'angle mort

Qu'y a-t-il donc au juste dans cet angle mort? Pour le savoir, il faut d'abord voir ce qu'éclaire la théorie systémale, pour ensuite cerner, par soustraction, ce dont elle ne rend pas compte. Si, à défaut de pouvoir légitimement transposer directement les conclusions des recherches que j'ai menées sur le droit constitutionnel canadien dans des contextes différents, on peut au moins s'en servir comme des hypothèses à démontrer sur le droit d'autres pays, il est possible de croire que «l'efficace du champ des valeurs dominantes» dans une société donnée y oriente les décisions judiciaires au moins dans le champ constitutionnel. C'est cela que met en lumière l'analyse systémale, et plus particulièrement en ce qui concerne l'interprétation des droits constitutionnalisés ou le partage des compétences, deux domaines que, dans le contexte d'une Europe en construction, le droit français ne pourra bientôt plus ignorer.

De même, pour qu'exceptionnellement des décisions, judiciaires ou politiques, favorisent non pas les valeurs dominantes mais celles des minorités, sociales ou politiques, il faut, au moins au Canada, une certaine intersection (au sens que donne à ce terme la théorie mathématique des ensembles) entre les valeurs majoritaires et minoritaires ou, à tout le moins, une absence d'incompatibilité totale entre les valeurs —ou, pour le dire plus crûment, les intérêts— de ces deux groupes. Plus clairement, les tribunaux, qui accordent plus volontiers la reconnaissance identitaire et surtout des indemnités privées à toutes les minorités, refuseront aux minorités sociales (femmes, gais et lesbiennes) les fonds publics qu'ils accorderont au contraire aux minorités politiques (Autochtones et Québécois) en *quid pro quo* pour le pouvoir politique et le territoire, presque toujours refusés. Dans tous les cas, l'exécutif et le législateur iront un peu plus loin mais, —on l'aura deviné— jamais jusqu'à faire coïncider les compétences d'une minorité sur le pouvoir politique et le contrôle du territoire.

C'est dire qu'à une période donnée, l'efficace des valeurs dominantes sur la production du droit, aussi bien législatif et exécutif que judiciaire —et donc l'essentiel de la théorie systémale— est démontré pour le Canada et sans doute démontrable ailleurs. Mais cela vaut pour une ou des période(s) donnée(s): il s'agit d'une adéquation à constater dans une société précise, à une ou des période(s) précise(s). Ainsi, pour en rester à des exemples qui me sont familiers, l'interprétation judiciaire du partage des compétences a évolué selon les conceptions successives du fédéralisme (unilatérale, dialogique et normalisatrice) que se sont construites les Canadiens depuis la Confédération, et la définition que notre Cour suprême a donnée de l'expression constitutionnalisée «société libre et démocratique» a passé du libéralisme classique, au pluralisme communautaire, puis au néo(rétro)libéralisme à mesure que ces idéologies se succédaient dans notre société.

Tout cela —et ce n'est pas peu— la théorie systémale permet de le démontrer et l'explique. Mais ce qu'elle n'éclaire pas, ce qui reste dans son «angle mort», c'est le processus par lequel un ensemble de valeurs dominantes se modifie en faisant place à d'autres: comment des valeurs, à une époque minoritaires ou même marginales, prennent-elles —soudainement ou lentement, c'est selon— le devant de la scène sociale et en viennent-elles à la dominer? Quand, comment surtout, le néo(rétro)libéralisme a-t-il délogé l'État providence keynésien? Pourquoi le positivisme a-t-il été supplanté par une série de théories successives, du réalisme au postmodernisme? Comment expliquer l'évolution récente et parallèle des valeurs sociétales et du droit relatif aux homosexuels: introduction du PACS en France, légalisation du mariage au Canada, décriminalisation de la «sodomie» aux USA?

On m'objectera que la théorie systémale ne s'est jamais donné comme objectif d'expliquer le changement social, et c'est tout à fait juste. Ce refus de s'engager dans cette voie ne constitue donc pas une lacune de cette théorie, déjà complète en elle-même, dans la mesure où elle fait voir, comme c'était son objectif, les facteurs politiques, sociaux et même idéologiques à l'oeuvre dans la production du droit, et les processus qu'emprunte leur incidence. Pourtant, la question des transitions, lentes ou brusques, entre ces facteurs sociétaux de même qu'entre ces derniers et le droit qui les reflète reste non seulement intéressante en soi, mais utile à l'application de la théorie systémale. Comment en effet cerner les valeurs qui dominent à une époque donnée, si l'on ne saisit pas les mouvements

qui sous-tendent la conquête et le maintien de cette position dominante? Comment éviter surtout le piège qui guette l'herméneutique juridique, cette circularité d'une démonstration qui pose d'emblée comme dominantes les valeurs repérées dans le droit à une époque donnée?

La question est d'autant plus difficile que majorité n'égale pas toujours dominance (voire la minorité masculine hétérosexuelle blanche, et néanmoins dominante...) et que les valeurs, les intérêts et les idéologies qui les portent se déploient à la fois dans les champs sociétal et disciplinaire, où ces facteurs sont respectivement médiatisés par ce que Perelman désigne comme les attentes distinctes des auditoires universel et particulier<sup>4</sup>. C'est dire l'intérêt qu'il y a à explorer, justement, des hypothèses et des pistes susceptibles d'éclairer, pour nous permettre peut-être de les comprendre moins mal, les cheminements par lesquels les changements de valeurs se frayent un passage dans les sociétés et dans le droit et, sans aucun doute, entre les deux et encore, dans des directions à déterminer...

## **II. Quelques hypothèses à explorer, comme autant de pistes**

Si j'accepte de me fier à ce que suggère le fruit de mes observations de la scène canadienne, il semblerait que les valeurs évoluent concomitamment dans le champ social et dans le champ disciplinaire, du moins dans celui du droit. Mais cette évolution n'est pas exactement parallèle, même si elle est parfois traversée par les mêmes courants ou secouée par les mêmes événements. Il en résulte des changements de valeurs lents ou brusques, selon le cas, dans l'un et l'autre de ces champs, des changements qui restent pourtant dans une relation d'interdépendance où le champ disciplinaire demeure soumis au champ sociétal.

### **—Des vecteurs transversaux: l'épuisement et la rupture**

Pour aborder en premier lieu le champ disciplinaire, il faut voir qu'on n'analyse pas le droit de la même manière à toutes les époques, et depuis le temps lointain de mes études, j'ai vu se succéder le naturalisme, le positivisme, le réalisme, le constructivisme —dont participe l'herméneutique et, conséquemment, l'analyse systémale— pour ne pas parler du néo-naturalisme et du postmodernisme. Tous ces courants, portés par des groupes différents de juristes, ont cohabité ou se sont succédés au gré de luttes idéologiques dont je serais bien en peine de retracer l'histoire exacte. Mais il me semble que certains de ces changements peuvent s'expliquer parfois par la conjonction d'un premier couple de facteurs, savoir l'épuisement du potentiel explicatif d'une théorie et un événement déclencheur.

L'un des plus importants exemples qu'on en puisse donner est sûrement celui de la fin de l'hégémonie du positivisme juridique. «Tout le monde a été, est, ou sera kelsennien», c'est encore Gérard Timsit qui l'écrit, toujours dans *Sur l'engendrement du droit*<sup>5</sup>: il aurait pu écrire, plus généralement: «positiviste». Il fût un temps en effet, pas très lointain d'ailleurs, où le positivisme formaliste n'était pas seulement l'idéologie juridique dominante, mais presque la seule vision du droit qui existait: le droit naturel écarté, le Parlement était souverain et la loi était claire, et ni l'appareil judiciaire, ni encore moins

les groupes sociaux, ne participaient à la création du droit. De Bentham à Kelsen en passant par Domolombe, les juristes s'affairent à larguer le jusnaturalisme pour poser le droit, c'est le cas de le dire, comme produit d'une autorité unique désignée comme légitime dans une société pour exprimer la volonté collective et contraindre les tiers à son respect, respect sanctionné par un appareil judiciaire neutre chargé d'appliquer la règle aux faits dans un raisonnement déductif logique. Au début du XXe siècle, la même idéologie dominait encore l'univers juridique. Les facultés françaises, surtout axées sur le monopole du législateur, enseignaient, dans la tradition de Zachariae<sup>6</sup>, que les juges n'y participent pas. Elles rejoignent dès lors sur ce terrain le doyen Langdell de Harvard qui exprimait dans la revue, alors naissante, de cette université, des idées tout à fait analogues, à cela près que la bible que les juges de ce système juridique étaient censés réciter sans y ajouter quoique ce soit de créateur, c'était non pas la loi édictée par le Parlement, mais le *common law*, cette coutume issue comme par enchantement d'une collectivité guidée vers le marché libéral par la main de Dieu...

Mais l'épuisement du pouvoir explicatif de cette théorie allait bientôt apparaître à la faveur d'une rupture causée par la montée d'une nouvelle génération de juristes, au surplus confortée par son institutionnalisation dans de véritables facultés de droit, qui commençaient alors à remplacer en Amérique les écoles professionnelles qui les avaient précédées. Ces professeurs, qui n'étaient plus des avocats chargés de cours, disposaient désormais du temps nécessaire à la réflexion. Ils allaient bientôt constater que le plus étonnant était encore que, sur cent avocats, formés par eux-mêmes au positivisme, et qui entraient au Palais de justice chaque matin ayant préparé leur cause selon cette théorie, les cinquante qui en ressortaient nécessairement perdants eussent conservé la foi dans cette idéologie...

Obligés par les faits d'admettre qu'il est impossible de prédire correctement les décisions des juges en déduisant la solution des conflits à partir des seules règles et précédents, les juristes américains de la deuxième génération après l'apparition de véritables facultés de droit, la génération qui succède à Langdell —celle des Holmes, Pound, Cardozo, Brandeis et Frankfurter, membres de ce qui a été par la suite qualifié d'«école de la *sociological jurisprudence*», qui précède les réalistes— vont constater que les mêmes principes juridiques peuvent conduire à des conclusions différentes selon les juges qui les utilisent et que, par ailleurs, l'on peut arriver aux mêmes conclusions à partir de principes différents, sinon carrément opposés, comme on s'en rend compte à la lecture des opinions dissidentes de n'importe quel banc d'appel.

Dans un système où le droit est défini comme la lecture que font les juges de la coutume dans l'agir collectif des membres d'une collectivité, avec le minimum d'interférence législative et statutaire, la découverte du fait que les juges rendent leurs décisions selon l'usage qu'ils font de leur discrétion —et pas seulement en appliquant les principes qu'ils découvrent— c'est le scandale. Il n'y a plus de droit. Le roi est nu. Pour conjurer cet effondrement de la fiction d'objectivité du droit sur laquelle repose sa légitimité dans la société américaine (comme dans beaucoup d'autres), une première tentative viendra des tenants de la «*sociological jurisprudence*», qui vont affirmer le rôle créateur du juge, tout en posant qu'il tire ses solutions des idéaux politiques et des valeurs sociales dont les règles ne sont que la matérialisation.

Au Canada, et plus encore au Québec, où se croisent les traditions du *common law* et du droit européen continental, on retrouve les mêmes facteurs: jusqu'à l'arrivée du professeur Pierre-André Côté sur la scène de l'interprétation au début des années /60, dans une faculté dont il fut l'un des premiers professeurs, l'extrême formalisme de Dreiger et de Louis-Philippe Pigeon, chefs de file des théories positivistes d'interprétation dans leurs univers juridiques respectifs, confortés pas les travaux de Hart, n'avait pas été remis en question.

Tout se passe donc comme si une génération montante, cherchant à prendre sa place, et comme pour donner raison à Kuhn<sup>7</sup>, avait beau jeu d'abattre l'édifice déjà vidé de l'intérieur d'une théorie poussée à ses limites et dont le pouvoir explicatif s'est usé. Sans doute aucune théorie ne peut-elle *tout* expliquer, et la faveur dont chacune d'entre elles jouit au départ tient-elle à ce qu'elle apporte de nouveau, sur quoi chacun se concentre, avant d'apercevoir, plus tard, ses lacunes. Mais cette période durant laquelle on fixe son attention sur l'apport spécifique et nouveau d'une théorie correspond peut-être —j'en fais du moins l'hypothèse— avec la vie active de la génération qui l'a conçue, alors qu'il faudra l'arrivée de la génération suivante, à la recherche de ses marques distinctives, pour en constater l'épuisement. L'importance de ce facteur générationnel dans les changements de paradigme me paraît d'autant plus plausible qu'elle a été notée également dans le champ politique, où elle expliquerait les changements de régime et des valeurs qui les sous-tendent. Vincent Lemieux a consacré un article à ce phénomène au Québec<sup>8</sup>, alors qu'Hélène Carrère d'Encausse lui a donné l'importance que l'on sait pour prédire l'éclatement de l'URSS<sup>9</sup>.

C'est donc une évolution lente et, dirait-on, souterraine qu'entraîne l'épuisement du pouvoir explicatif d'une théorie, dont le remplacement par une autre, sous-tendue par un ensemble d'autres valeurs, va —parfois, souvent, toujours? je n'en sais rien, faute de recherches historiques plus poussées— être catalysé plus brusquement par un événement plus précis. Ainsi, si la rupture coïncide souvent avec un changement de garde de génération, elle s'est accompagnée dans le champ disciplinaire du droit, du moins en Amérique au début du siècle, de l'institutionnalisation des facultés. Dans le champ politique, les événements déclencheurs sont parfois plus violents, comme les événements du 11 septembre à New-York qui, selon Stephen Clarkson, ont entraîné un changement de paradigme dans l'élaboration des politiques<sup>10</sup>. Mais ces événements sont aussi parfois symboliques (mort de Staline en URSS et de Duplessis au Québec pour revenir aux exemples précités), comme d'ailleurs dans d'autres champ disciplinaires, tel celui des arts visuels, où l'abstraction lyrique, portée par une génération qui s'épuisait à repousser les limites du genre, n'a pourtant été véritablement supplantée par le *Pop Art* que suite à l'exposition sur les surréalistes organisée en 1961 par le Musée d'art moderne de New York<sup>11</sup>, qui permettait d'envisager autrement le corps humain, bientôt réintroduit à un autre niveau, notamment dans les oeuvres de Segal et de Marisol exposées par la suite<sup>12</sup>.

Quel est le rôle des facteurs lents et souterrains liés à l'épuisement du potentiel explicatif d'une théorie et celui, plus brusque, des événements ponctuels, dans ces changements de paradigmes, et comment interagissent-ils? Je ne saurais le dire à cette étape de ma réflexion qui, comme je l'ai déjà mentionné, se situe encore au stade des hypothèses et de la recherche de pistes, encore sinueuses. Ce qui se dégage pourtant de mon observation, c'est que les changements de paradigmes théoriques dans le champ disciplinaire du droit

ne s'y diffusent pas uniformément et ne franchissent pas facilement la frontière qui sépare l'interprétation scientifique de l'interprétation judiciaire. Ainsi, le positivisme, depuis longtemps épuisé et remplacé comme théorie explicative dans le milieu universitaire, continue de régner, du moins au niveau formel, dans le discours judiciaire. Si je me laisse guider par les résultats de ma recherche antérieure, cela résulterait du mode d'interdépendance entre le champ disciplinaire du droit et le champ sociétal, où le premier reste soumis au second, ce qui est une autre manière de dire que le droit est surdéterminé par les valeurs sociétales dominantes.

### —Une interdépendance où le champ juridique reste soumis au champ sociétal

En effet, à lire les décisions des tribunaux français, où de brefs attendus regroupés en syllogismes servent de justifications elliptiques, et plus encore celles des juges canadiens qui n'hésitent pas à motiver les leurs par des «traités» qui dépassent parfois cent pages, on ne devinerait pourtant pas que le positivisme a été détrôné, comme je viens de le rappeler, par plusieurs autres théories auxquelles les juges ne recourent jamais explicitement. Au lieu de quoi, ils se cramponnent, à travers mille contorsions, aux apparences formalistes du syllogisme positiviste, alors qu'en fait le résultat de leurs décisions ne s'explique que par d'autres analyses, notamment systémale. Pour y arriver, comme je l'ai démontré ailleurs<sup>13</sup>, ils utilisent la dissimulation sous-textuelle comme mode d'inscription des valeurs dans le droit, identifiant d'abord les intérêts dominants, pour choisir ensuite un dispositif et une motivation compatibles à la fois avec ces intérêts et avec les apparences du formalisme.

Si les changements de paradigmes survenus dans le champ disciplinaire du droit ne peuvent traverser la frontière de l'autre aire d'interprétation du droit que constituent les tribunaux, c'est en effet que ces derniers sont écartelés entre deux systèmes de valeurs respectivement formelles et concrètes, issus de deux auditoires identifiés par Perelman<sup>14</sup>, l'auditoire particulier ou disciplinaire dont les intérêts professionnels exigent la logique et la stabilité du droit, et l'auditoire universel qui, dans le champ sociétal global, exige l'équité et le respect de ses intérêts. Et bien que cette dychotomie existe —formulée en d'autres termes qui reflètent d'autres enjeux— dans tous les champs disciplinaires que traverse l'herméneutique (littérature, beaux-arts, musique, etc.), nulle part n'est-elle si lourde à porter que dans l'aire judiciaire du champ juridique. Car s'il fût un temps où les tribunaux tenaient leur légitimité de leur statut institutionnel seul, il n'en est plus de même à notre époque postmoderne où elle dépend de la coïncidence des valeurs qu'ils intègrent au droit avec celles des adressataires des textes qu'ils interprètent, et cela pour la bonne et simple raison que leurs prononcés ont beaucoup plus d'effet sur la vie quotidienne des justiciables que les interprétations par les pianistes des oeuvres de Mozart n'en ont sur celle des mélomanes.

Dans ces circonstances, les tribunaux sont d'abord surdéterminés par les valeurs sociétales dominantes —et leurs décisions s'expliquent par l'herméneutique, comme d'ailleurs parfois aussi le postmodernisme. Mais en même temps, ils ne peuvent pas échapper à la nécessité de maintenir les apparences du positivisme, car les attentes de l'auditoire universel s'étendent aussi à la neutralité des juges et leur légitimité tient conséquemment aussi à ces apparences-là... Il en résulte que ce n'est pas vraiment dans le champ disciplinaire juridique que l'on peut saisir les changements de valeurs qui vont

orienter le contenu concret du droit: pas plus dans le champ universitaire désormais institutionnalisé, où l'arrivée de nouvelles générations au moment de l'épuisement du potentiel d'explication des théories antérieures amène certes de nouveaux paradigmes, qui pourtant ne traversent pas la frontière du discours judiciaire, que dans ce dernier discours, obligé par ses conditions de légitimité de maintenir les apparences formelles d'un positivisme éternel. Il faut alors se tourner vers le champ sociétal, où surviennent les changements de valeurs qui comptent, ceux qui vont surdéterminer le fond du droit, législatif, c'est évident, mais aussi judiciaire, malgré les apparences au contraire que je viens d'évoquer. Je n'ai pas la prétention d'expliquer la dynamique globale du changement sociétal: les historiens et les sociologues<sup>15</sup> s'y emploient sûrement avec plus de compétence que les théoriciens du droit, et je ne leur envie pas les difficultés de leur métier, qui valent bien celles du nôtre. C'est en particulier à eux que je laisse à la fois l'explication post-factum des changements brusques que les révolutions amènent dans le droit —1789 ou 1917 par exemple—, et la question de savoir si —et, le cas échéant, comment— il est possible d'anticiper de tels changements, notamment à partir de l'analyse des tendances qui précèdent ces révolutions.

Mais il me semble pourtant que même un juriste, dès qu'il est attentif, peut constater aussi au plan sociétal des tendances évolutives à long terme, responsables de changements lents dans les systèmes de valeurs dominantes, qui ne se cristallisent pas toujours lors d'événements plus ponctuels, mais vont néanmoins faire bouger le droit, du moins quelque peu, sans pour autant combler totalement les vœux de ceux qui aspirent à ces changements. Il s'agit parfois d'une progression lente mais constante, plus souvent d'une valse hésitation: un pas en avant, deux en arrière, puis trois de nouveau en avant... Étudier ces trajets tortueux ne mène pas, je le répète, à prédire le droit, mais permet d'anticiper les directions multiples dans lesquelles il est passible de s'engager, tout en comprenant mieux ce qui l'oriente.

Deux exemples me viennent à l'esprit. Je pense d'abord à l'évolution qui pourrait rendre possible à court terme au Canada l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, évolution dont l'aboutissement se situe au confins de la perte de sens du mariage traditionnel et de la mobilisation des homosexuels en faveur de leur droit à l'égalité. Dès lors que l'enjeu symbolique du mariage se dissout dans un contexte où cette institution n'a plus la permanence qui la caractérisait, et ne représente plus le cadre exclusif ni même dominant de la vie familiale ni de l'éducation des enfants, il devient possible d'accéder aux demandes de cette minorité sociale, désormais plus facilement compatibles avec les intérêts symboliques dominants. Mais au moment d'écrire ces lignes, alors que même le Pape se joint à une opposition grandissante, la partie n'est pas encore gagnée.

Peut-on faire le même raisonnement à propos de la dépénalisation de la marijuana pour usage médical, survenue d'ailleurs, comme par hasard, lorsque les générations qui l'ont expérimentée au plan récréationnel sont installées au pouvoir? Ici, ce n'est pas que la partie n'est pas encore gagnée, c'est qu'elle ne l'est qu'à moitié, alors que le règlement<sup>16</sup>, —dans une logique qui doit tout à l'écartellement du législateur entre les attentes respectives de ses deux autidoires— tout en continuant de prohiber la vente non-étatique de la mari, n'en permet la culture à des fins personnelles que depuis 2001<sup>17</sup> pour les personnes pourtant autorisées depuis 1999 à en consommer à des fins médicales<sup>18</sup>... Ces deux cas constituent des exemples qu'il serait intéressant d'analyser maintenant, alors que

les enjeux sont encore débattus et que les valeurs dominantes sur ces deux sujets semblent en train de changer. À cette fin, il y aurait intérêt à porter attention à ce qui les traverse, c'est-à-dire l'importance de mouvements nés dans la déviance, et dont les revendications entraînent finalement leur intégration à la légitimité sociale et au droit. Il ne s'agit pas pour autant de renier les éléments structuralistes<sup>19</sup> que véhicule la surdétermination, au contraire: s'il y a mouvements et combats pour introduire de nouvelles valeurs dans l'ensemble de celles qui dominent, c'est que la domination culturelle il y a...

Ce qui me ramène aux arts visuels, avec lesquels on peut faire un parallèle en ce qui concerne l'*art brut*, produit par des personnes souffrant de troubles mentaux, et dont Foucault<sup>20</sup> et Dubuffet<sup>21</sup> ont montré l'influence sur l'évolution des arts visuels. Dans ce champ comme dans ceux où se situent les deux exemples précédents, cette possibilité serait liée à l'«aliénation» sociale de minorités marginalisées, et donc à leur capacité de se «dégager d'un poids culturel jugé asphyxiant»<sup>22</sup> et, conséquemment, de ne pas tenir compte des valeurs dominantes dans leur champ. Les personnes atteintes de troubles mentaux comme les dissidents, pareillement «aliénés» de la société, c'est-à-dire, littéralement, étrangers, exclus, trouveraient d'abord, dans cette rupture en marge, l'espace de liberté créatrice propice au renouvellement des représentations que la société se fait d'elle-même et des orientations qu'elle veut se donner, lesquelles sont pareillement sous-tendues par les valeurs dominantes. Bien qu'il ne s'agisse pas pour eux de figer la société dans cette nouvelle vision d'elle-même —car «l'art brut, la sauvagerie, la liberté ne doivent pas se concevoir comme des lieux, ni surtout des lieux fixes, mais comme des directions, des aspirations, des tendances»<sup>23</sup>— ce contexte d'exclusion et de marginalité, où rien n'est à perdre et tout à gagner, favoriserait par ailleurs la mobilisation de ces groupes marginaux en vue de l'inclusion de leurs valeurs dans l'ensemble de celles qui dominent. Ainsi, la rupture créée par la marginalisation, qu'elle provienne de troubles mentaux, de déviances volontaires ou même d'exclusion imposée par le groupe dominant, paraît constituer une voie privilégiée pour initier des changements de valeurs sociétales et, conséquemment, orienter l'évolution du droit. On ne peut pas le dire plus clairement ni, curieusement, en termes plus... juridiques que ne l'a fait Dubuffet: «La position de subversion cesse bien sûr s'il advient qu'elle se généralise, pour devenir à la fin la *norme*. Elle s'inverse à ce moment de subversive en *statutaire*»<sup>24</sup> (Italiques ajoutés).

Pourtant, rien dans les observations dont mes recherches antérieures m'ont donné l'occasion ne permet de conclure que c'est toujours —ou même, plus souvent— de là que viendra le changement. La relève des générations, dans le champ politique plus encore que dans le champ disciplinaire juridique, conduit au même résultat, de même que des événements fortuits, violents ou non, qu'il paraît difficile sinon impossible d'anticiper, sans parler d'autres facteurs qui auraient échappé à mon attention. Pour y voir vraiment plus clair, il faudra sûrement qu'une ou plusieurs autres générations de chercheurs vérifie, dans le temps historique et l'espace international, ces hypothèses, ou plus vraisemblablement d'autres... Pourtant, même si toute conclusion paraît prématurée, on peut quand même constater la soumission constante du champ disciplinaire juridique au champ sociétal, que traversent néanmoins, l'un comme l'autre, des courants analogues —changement de générations, épuisement du potentiel explicatif des théories et d'attraction des idéologies— entraînant des glissements dans la configuration des ensembles de valeurs et leur dominance. Il en va de même des ruptures qui adviennent



dans le tissu de la société, comme les exclusions et la marginalisation des minorités et des dissidents, ou dans sa chronologie, où se produisent des incidents d'importance variable, mais qui ont des effets spécifiques sur les valeurs et le droit, comme l'institutionnalisation des facultés de droit ou, dans un autre registre, les révolutions ou certains événements violents.

Dès lors, au moment de saisir les données destinées à la comparaison entre les valeurs dominantes et le droit à un point déterminé dans le temps, l'analyse systémale, faute de pouvoir prévoir des événements futurs par définition, ne perdrait rien à prendre en compte les éléments de la conjoncture qui lui sont accessibles, savoir: les courants qui se profilent déjà à l'horizon. On pourrait ainsi introduire dans son *angle mort* un certain nombre de facteurs: les valeurs des générations montantes —moins celles de l'auditoire particulier que constituent les théoriciens du droit, que celles de l'auditoire universel, actif au plan politique— et celles des marginalisés, dont la dissidence revendique des valeurs aujourd'hui exclues qui, bientôt peut-être, se situeront dans cette intersection avec les valeurs dominantes qui rend ces deux ensembles partiellement compatibles. Rien de cela ne lui permettra sans doute de pondérer ces variables avec les événements contingents qui lui échappent forcément, ni encore moins, à mon avis, de prédire l'avenir du droit, ce qui n'est d'ailleurs pas son objectif. Il s'agit plutôt de voir venir dans le rétroviseur, afin d'éviter leur impact inattendu, les changements déjà amorcés dans la composition du groupe des valeurs présentement dominantes, et d'identifier les lieux où la fragilisation s'installe dans les franges de cette constellation, pour mieux cerner la surdétermination actuelle dans sa mouvance même.

---

1 «Contributions à une théorie de l'émergence du droit. I- Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé: de quelques définitions interreliées», (1991) 25 *R.J.T.* 103-143.  
2 (1988) *R.D.P.* 39-75.  
3 Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs: le discours judiciaire et le droit*, coll. «Les voies du droit», Paris, P.U.F., 1997 et *Quand les minorités font la loi*, coll. «Les voies du droit», Paris, P.U.F., 2002.  
4 Chaïm Perelman et Paul Frier, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1978.  
5 G. Timsit, *loc. cit.*, note 2, 44.  
6 K.-S. Zachariae, *Le droit civil français*, Paris, Durand, 1854-1860.  
7 T. S. Khun, *The Structure of scientific Revolutions*, 2e ed., Chicago, University of Chicago Press, 1970. Voir également: Christian Atias, *Théorie contre arbitraire: éléments pour une théorie des théories juridiques*, Coll. Les voies du droit, Paris, P.U.F., 1987.  
8 Vincent Lemieux, «L'État et les jeunes» dans Fernand Dumont (dir.), *Une société de jeunes*, Montréal, Éditions IQRC, 1986 et, plus récemment: «Élections marquantes et partis générationnels», (2003) 73 *Cap aux diamants* 10.  
9 Hélène Carrère d'Encausse, *L'empire éclaté: la révolte des Nations en U.R.S.S.*, Paris, Flammarion, 1978.  
10 Stephen Clarkson et Maria Banda, «Congruence, Conflict, and Continental Governance: Canada's and Mexico's Responses to Paradigm Shift in the United States», communication présentée à l'Association canadienne des sciences politiques, Halifax, le 1er juin 2003.  
11 *The Art of Assemblage*, novembre 1961.  
12 Notamment à la galerie *Sydney Janis*.  
13 A. Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, *op. cit.*, note 3.  
14 *Supra*, page 2.

- 
- 15 Notamment Pierre Bourdieu dans *Science de la science et reflexivité*, Paris, Éditions Raisons  
d'agir, 2001.
- 16 *Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales*, (2001) 135 Gaz. Can. II, 1330, art. 24-  
57.
- 17 Cette tolérance tardive résultant de l'insuccès persistant de l'État canadien à faire pousser la plante  
dans une mine désaffectée.
- 18 Sur présentation d'un certificat attestant qu'elles souffrent de l'une des quatre maladies ouvrant  
dérogation à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, art. 56.
- 19 L'analyse «système» tire en effet son nom d'un croisement entre systémique et structural. Voir  
G. Timsit, *loc. cit.*, note 2.
- 20 Michel Foucault, *Histoire de la folie à l'âge classique*, coll. «Tel», Paris, Gallimard, 1972.
- 21 Jean Dubuffet, *Asphyxiante culture*, Paris, Éditions de Minuit, 1986 et *Bâtons rompus*, Paris,  
Éditions de Minuit, 1986.
- 22 Joëlle Pijandier, «Post-face», dans Madeleine Lommel (dir.), *L'Aracine et l'Art brut*, Paris,  
Z'Éditions, 1999, p. 211.
- 23 J. Dubuffet, *Asphyxiante culture*, *op. cit.*, note 20, p. 85.
- 24 *Id.*, p.106.